

Informe 15/2016, de 20 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Cláusulas a incorporar en los pliegos en relación con la responsabilidad fiscal de los licitadores.

I. ANTECEDENTES

La Secretaria General Técnica de Hacienda y Administración Pública se dirige con fecha 28 de junio de 2016, a la presidencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito del siguiente tenor literal:

«El Pleno de las Cortes de Aragón, en sesión celebrada los días 19 y 20 de mayo de 2016, con motivo del debate de la Proposición no de ley núm. 182/16 presentada por el Grupo parlamentario Podemos Aragón, sobre paraísos fiscales en la contratación pública, acordó lo siguiente:

“Las Cortes de Aragón instan al Gobierno de Aragón a:

1. Dirigirse a la Junta Consultiva de Contratación de la Comunidad Autónoma de Aragón a los efectos de solicitar un informe sobre las cláusulas que se pueden incluir en las diferentes fases de los futuros pliegos de condiciones de contratación de la Administración de nuestra Comunidad Autónoma, en relación a la responsabilidad fiscal de las empresas concurrentes que operan y tributan en paraísos fiscales de acuerdo con el ordenamiento legal vigente y con el respeto a la libre concurrencia y la igualdad en el acceso a los contratos.

2. Una vez obtenido el pronunciamiento favorable y atendiendo al alcance del mismo, proceder inmediatamente a la elaboración de la normativa reglamentaria necesaria para la inclusión de estas cláusulas contractuales en los procesos de contratación pública que contemplen el tratamiento a las empresas concurrentes con presencia y/o actividad económica en paraísos fiscales, encaminadas a incorporar criterios que garanticen la transparencia pública bien como un requisito previo en la fase preparatoria, como elementos de valoración favoreciendo a aquellas empresas que cumplan correctamente con sus obligaciones fiscales o como una obligación en las condiciones de ejecución.

En caso de informe afirmativo, explicitando en los pliegos de condiciones que estas empresas que tributan en paraísos fiscales no concurren en igualdad de condiciones y solicitando la siguiente información con desglose por filial, es decir, para cada una de las filiales que tiene en cada país considerado territorio fiscal:

Nombre

Actividad

Número de empleados

Cifra de negocios

Beneficios/pérdidas

Impuestos pagados

Subvenciones recibidas

3. Que se dirija al Gobierno de España para regular en la legislación básica estatal la exclusión de la contratación pública a empresas que estén radicadas o cuenten con amplia presencia en paraísos fiscales sin actividad económica que los justifique, favoreciendo a aquellas empresas que presentan un mayor nivel de responsabilidad fiscal.”

La aprobación de la referida está inspirada en el informe elaborado por Intermón-Oxfam, con el título «La ilusión fiscal. Demasiadas sombras en la fiscalidad de las grandes empresas». En materia de contratación pública, el citado informe recomienda la elaboración de una Ley contra la evasión fiscal que deberá:

«2. Excluir de la contratación pública a empresas que estén radicadas o cuenten con amplia presencia en paraísos fiscales sin actividad económica que lo justifique, favoreciendo a aquellas empresas que presentan un mayor nivel de responsabilidad fiscal. Este principio de responsabilidad fiscal en la contratación pública debería hacerse extensivo también a las Comunidades Autónomas, entidades locales y otras agencias oficiales que tienen la potestad de contratar la provisión de sus bienes y servicios a las empresas que sean ejemplares tanto económica como social y fiscalmente...» (p 55).

Como Departamento al que actualmente corresponden las competencias en materia de contratación pública, y de cara a promover las reformas normativas que resulten oportunos, conforme al artículo 3.2 del Reglamento de organización y funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto 81/2006, de 4 de abril, se solicita de la Junta Consultiva la emisión de un Informe, sobre las siguientes cuestiones:

Primera.- Sobre la posibilidad de que la Comunidad Autónoma de Aragón regule causas de exclusión de los contratos públicos.

El art. 60 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), enumera una serie de circunstancias que impiden contratar con el sector público y con las Administraciones públicas. Entre las mismas no se incluye ninguna relativa a una supuesta «irresponsabilidad fiscal» en el sentido de no contratar con empresas con presencia, residencia, actividad o tributación en los llamados «paraísos fiscales». ¿Podría la Comunidad Autónoma de Aragón, en base a sus competencias, ampliar la lista de causas de prohibición de contratar que enuncia el art. 60?

Segunda.- Sobre la posibilidad de considerar la responsabilidad fiscal en fase de solvencia.

Los arts. 75 a 79 TRLCSP relacionan los documentos a través de los cuales los cuales acreditar la solvencia económica y financiera y técnica o profesional. ¿Cabría la posibilidad de reconducir a alguno de esos documentos las circunstancias de tener residencia, actividad o tributación en los llamados «paraísos fiscales», como indicios de la falta de solvencia económica y financiera y técnica o profesional de un licitador?

Tercero.- Sobre la preferencia, en fase de adjudicación, en favor de empresas que cumplan correctamente con sus obligaciones fiscales.

La PNL sugiere tomar en consideración, como elemento de valoración, el favorecimiento de aquellas empresas que cumplan correctamente con sus

obligaciones fiscales. ¿Sería posible incorporar en un Pliego de cláusulas administrativas un criterio de adjudicación con ese objeto?

Cuarta.- Posibilidad de considerar la responsabilidad fiscal en fase de ejecución de los contratos.

¿Podría incluirse, como condición de ejecución, la obligación del adjudicatario de tributar en España o en Aragón?».

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en sesión celebrada el 20 de julio de 2016, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y legitimación para solicitarle informe.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa es competente para informar las cuestiones planteadas, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 3 apartado 2 del Reglamento de organización y funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón.

La Secretaria General Técnica del Departamento de Hacienda y Administración Pública es un órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 a) del mencionado Reglamento.

II. Las vías de lucha contra el fraude fiscal.

Con carácter previo esta Junta considera necesaria una breve consideración sobre la lucha contra el fraude fiscal en relación con la contratación pública. En este punto debemos comenzar recordando el criterio consolidado de esta Junta

sobre el carácter instrumental de la contratación pública por tratarse de una de las principales herramientas al servicio de las políticas públicas. Sin duda, la contratación pública merece una consideración o perspectiva estratégica, pero en modo alguno puede atribuirse a la contratación pública la responsabilidad de solucionar todos los problemas que afectan a la actividad pública, cuando existen otros medios más adecuados y más eficaces para ello. Y esto es especialmente claro en el ámbito de la lucha contra el fraude fiscal, que es un objetivo que va más allá de la finalidad de la contratación pública.

En este sentido hay que recordar que la Directiva 2011/16/UE, posteriormente modificada por la Directiva 2014/107/UE, determina la obligatoriedad del intercambio automático de información en el ámbito de la fiscalidad entre los Estados miembros, siendo de aplicación a todos los tipos de impuestos percibidos por los mismos, con algunas excepciones. Dicha Directiva regula las normas sobre comunicación de información y diligencia debida, relativas a la información sobre cuentas financieras, con la finalidad de evitar el fraude fiscal en cualquier territorio de la Unión Europea.

El artículo 1 de la Directiva citada define con claridad el objetivo de la regulación: *«establecer las normas y los procedimientos con arreglo a los cuales los Estados miembros cooperen entre sí para intercambiar información financiera que, previsiblemente, guarda relación con la administración y ejecución de las leyes nacionales de los Estados miembros en relación con los impuestos percibidos en cada uno»*. En el plano nacional, podemos citar entre los esfuerzos por reprimir el fraude fiscal, las medidas adoptadas a través de la Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude y la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modificó el código penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y a la Seguridad Social.

Conviene dejar claro desde este momento que el hecho de residir u operar en uno de los calificados como paraísos fiscales no determina en sí mismo la comisión de un delito contra la Hacienda Pública y, por ello, tal opción no resulta en si misma ilegal. El concepto de «paraíso fiscal» no puede entenderse en sentido amplio, sino que se ciñe al listado de Estados que contempla el Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, por el que se determinan los países o territorios a que se refieren los artículos 2, apartado 3, número 4, de la Ley 17/1991, de 27 de mayo, de medidas fiscales urgentes, y 62 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991.

La sanción de exclusión de un determinado procedimiento como consecuencia de la residencia o realización de actividades en territorios que sean considerados como «paraísos fiscales» podría llegar a constituir una violación de Acuerdos Internacionales en materia de contratación pública. Tal es el caso del Acuerdo sobre contratación pública (ACP) de la Organización Mundial del Comercio (revisado en 2014), del que es parte la Unión Europea, pero también Estados como Chipre, Malta, Hong Kong (China), Singapur y Aruba, todos ellos -entre otros- considerados «paraísos fiscales» según el R.D. 1080/1991. El artículo IV.2 del ACP recoge el principio de no discriminación entre operadores por razón del territorio, y el artículo VIII.4 no relaciona, entre las causas de exclusión de un licitador, ninguna que pueda referirse a la condición de «paraíso fiscal» de alguna de las partes según la legislación interna de otras.

Por tanto, para sancionar con la exclusión de la licitación o resolución de un contrato a un operador económico que tenga residencia o actividad en un paraíso fiscal, es necesario verificar que existe fraude fiscal a través de la incoación y resolución del oportuno procedimiento, puesto que no es compatible en nuestro ordenamiento jurídico dar cobertura a la presunción de culpabilidad sin que se haya acreditado fehacientemente la relación entre los hechos imputados y el resultado tipificado en las normas sancionadoras administrativas y penales.

El hecho de que una empresa tenga residencia, actividad o tribute en uno de los calificados como paraísos fiscales, no revela en sí mismo ninguna tacha de ilegalidad que impida que pueda participar en licitaciones públicas ni condiciona su capacidad para la ejecución de contratos públicos. Lo que es legal no puede justificar acciones administrativas de carácter sancionador o disuasorio.

En consecuencia, esta Junta Consultiva estima oportuno advertir de la conveniencia de que, con carácter previo a la propuesta o adopción de cualquier medida, ya sea de naturaleza normativa o administrativa, con la que se pretenda utilizar la contratación pública para actuar sobre las políticas públicas, se realice un análisis de las posibilidades y del impacto real de las mismas, así como de si existen vías alternativas que puedan resultar más eficaces para lograr los fines pretendidos

III. Incompetencia de la Comunidad Autónoma de Aragón para establecer prohibiciones de contratar. La responsabilidad fiscal como prohibición de contratar.

La Disposición Final segunda del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSPP en adelante) relaciona los títulos competenciales que justifican la intervención estatal en materia de contratación pública. Las competencias que el Estado ostenta en materia de «legislación procesal» (149.1.6ª CE), «legislación civil y mercantil» (artículos 149.1.6.ª y 8.ª CE) y sobre «legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas» (artículo 149.1.18ª) sirven para atribuir el carácter de «básicos» a la mayoría de los preceptos del TRLCSPP, de manera que a las Comunidades Autónomas que así lo hayan recogido en sus respectivos Estatutos únicamente les está permitido el desarrollo y ejecución de esa legislación básica estatal.

En el caso de la Comunidad Autónoma de Aragón, las competencias para el desarrollo normativo y ejecución de la legislación básica estatal fueron

asumidas al amparo del artículo 75. 11.^a y 12.^a del Estatuto de Autonomía de Aragón. En dichos preceptos se recoge la competencia autonómica sobre «El desarrollo de las bases del Estado previstas en el artículo 149.1.18.a) de la Constitución para las Administraciones Públicas aragonesas, incluidas las Entidades Locales», así como sobre el «régimen jurídico, procedimiento, contratación y responsabilidad de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma», títulos ambos que el propio texto estatutario define como «competencias compartidas».

Sobre el alcance de la legislación básica materia de contratación se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en varias Sentencias. Por todas ellas cabe referirse a las 141/1993, de 22 de abril, 331/1993, de 12 de noviembre, donde el Tribunal ha fijando como doctrina que:

«[...] La normativa básica en materia de contratación tiene principalmente por objeto proporcionar garantías de publicidad, libre concurrencia igualdad y seguridad jurídica que aseguren a todos los ciudadanos un tratamiento común por parte de todas las Administraciones Públicas. Los preceptos que tiendan directamente a dotar de efectividad práctica a estos principios deben de ser considerados como normas básicas. Mientras que no lo serán aquellas otras prescripciones de detalle o de procedimiento que sin merma de la eficacia de tales principios básicos pudieran ser sustituidas por otras regulaciones complementarias o de detalle, elaboradas por las Comunidades Autónomas con competencia para ello. [...] »

En su Sentencia 84/2015, de 30 de abril, el Tribunal Constitucional se reafirma esta misma línea doctrinal, y la reitera en la posterior 237/2015, de 19 de noviembre, señalando que

« [...] los dos elementos, subjetivo –quién contrata– y objetivo –lo que se contrata–, sirven para determinar qué reglas del TRLCSP resultan de aplicación [...] tanto las que regulan los actos de preparación y adjudicación, como las que disciplinan los derechos y deberes de las partes en el mismo. Las normas reguladoras de los actos de preparación y adjudicación del contrato pretenden garantizar los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, así como la no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los recursos públicos [...] En definitiva, estas reglas pueden considerarse materialmente básicas, pues constituyen el mínimo común uniforme que permite garantizar, de un lado, la igualdad de los licitadores y su tratamiento común ante las Administraciones ».

En el Libro I del TRLCSP, que lleva por título «Configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos» se regulan las prohibiciones de contratar en los artículos 60, 61 y 61 bis, cuya redacción procede de la modificación operada por la Ley 40/2015 de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público a través de su disposición final novena, regulación que entró en vigor el 22 de octubre de 2015. Dichos preceptos se justifican como competencia del Estado y tienen carácter básico, salvo lo dispuesto en el artículo 60.2.c) (prohibición de contratar con las Administraciones públicas derivada del incumplimiento de condiciones esenciales de un contrato). Este carácter de competencia básica del Estado se justifica, además, en el cumplimiento del derecho europeo que, en este asunto de exclusiones, impone una uniformidad de la solución jurídica. La Directiva 2014/24/UE regula esta materia en el artículo 57, recogiendo un listado bajo el término «motivos de exclusión» y la mayoría de los supuestos de prohibición de esta Directiva ya están incluidos en el artículo 60 TRLCSP.

Por tanto, la Comunidad Autónoma de Aragón carece de competencia para ampliar la lista de prohibiciones de contratar enumeradas en el artículo 60 TRLCSP. Las competencias autonómicas se concretan, en este ámbito, a regular el procedimiento de declaración de prohibición de contratar para adecuarlo a la normativa propia dictada al amparo de las competencias citadas, es decir, la Ley 3/2011, de 24 febrero, de medidas en materia de contratos del Sector Público de Aragón. Y esa competencia es la que se ejerce en el Proyecto de Ley de Integridad y Ética públicas -que fue objeto de nuestro Informe 20/2015, de 3 de diciembre-, cuya disposición final segunda pretende introducir un nuevo artículo (el 27) en la Ley 3/2011, de 24 de febrero, relativo a los «Procedimientos de declaración de prohibición de contratar».

Una vez aclarada la ausencia de título competencial de la Comunidad Autónoma de Aragón para ampliar el listado de prohibiciones de contratar reguladas en el TRLCSP, con el objeto de incluir la llamada irresponsabilidad fiscal de empresas que operan en paraísos fiscales, parece conveniente

analizar si realmente es necesario o conveniente introducir esta nueva causa, vista la relación existente en el artículo 60 TRLCSP.

Las prohibiciones de contratar son impedimentos que evitan la relación contractual entre una entidad del sector público y un operador económico, al excluir de los procedimientos de adjudicación a quienes incurran en una serie de supuestos y circunstancias recogidas en la normativa de contratación pública vinculadas al incumplimiento de normas esenciales, conflictos de intereses o falta de honorabilidad profesional. Tal y como hemos señalado ya en varios informes, el requisito de no incurrir en ninguna causa de prohibición de contratar debe cumplirse en el momento de presentación de las proposiciones, y debe mantenerse hasta el momento de adjudicación y de formalización del contrato.

Entre las causas de prohibición de contratar existentes ya figuran tanto el supuesto de «Haber sido condenadas mediante sentencia firme por delitos contra la Hacienda Pública» ya sea estatal, autonómica o local, o de «blanqueo de capitales» (artículo 60.1.a TRLCSP) -entre otros-, como el de «No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias». En relación con ésta última causa es preciso recordar que su no concurrencia se verifica en el momento de comprobar la aptitud del licitador para contratar con carácter previo a la adjudicación. El objetivo de excluir a quienes operan o actúan ilegalmente en el ámbito de la política fiscal ya está contemplado, por lo que no resulta conveniente forzar este supuesto.

En definitiva, la responsabilidad fiscal de los operadores económicos ya queda suficientemente garantizada con las causas de prohibición de contratar previstas actualmente en la normativa sobre contratación pública.

IV. Sobre la posibilidad de considerar la responsabilidad fiscal en fase de acreditación de la solvencia.

La Proposición no de Ley aprobada por las Cortes se refiere en primer lugar al tratamiento «que deba darse a las empresas concurrentes con presencia y/o

actividad económica en paraísos fiscales, encaminadas a incorporar criterios que garanticen la transparencia pública como un requisito previo en la fase preparatoria...». La consulta planteada centra la cuestión en el trámite más importante de los que integran la fase de verificación de la aptitud para contratar, cual es la acreditación de la solvencia económica y técnica y profesional.

La acreditación de la solvencia, de acuerdo con la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en el Informe 78/2009, de 23 de julio de 2010, consiste en un mecanismo a través del cual el poder adjudicador pretende tener garantizado que, tanto desde el punto de vista financiero y económico como desde el técnico y profesional, los licitadores están capacitados para ejecutar en forma adecuada el contrato.

Tal y como señala la consulta, los artículos 75 a 79 TRLCSP relacionan los documentos a través de los cuales acreditar la solvencia económica y financiera y técnica o profesional. Esa relación es exhaustiva, sin que las Administraciones Públicas puedan admitir otras formas de acreditación de la solvencia. Criterio ya expuesto en nuestro Informe 9/2014, de 2 de abril, como consecuencia de la reforma operada por la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público, donde se afirma que la lista de medios es un «numerus clausus» y por tanto no se pueden utilizar otros medios que los previstos en el TRLCSP.

Son los pliegos de cláusulas administrativas los que deben determinar «el nivel mínimo de solvencia económica y técnica que se considera suficiente para la futura ejecución contractual», es decir, concretando «las condiciones mínimas que deban alcanzar los licitadores en cada medio seleccionado, así como el instrumento concreto exigido para la acreditación (declaración responsable, certificados etc.)», tal y como señalábamos en nuestra Recomendación 1/2011, de 6 de abril.

A la vista de los medios de acreditación de la solvencia económica y financiera que recoge el artículo 75 TRLCSP, y los que sirven para acreditar la solvencia técnica y profesional que relacionan los artículos 76 (para contratos de obras), 77 (para contratos de suministro) y 78 (contratos de servicios), no puede admitirse, desde la óptica de la legalidad vigente, que la residencia, actividad o tributación en los llamados «paraísos fiscales» sea reconducible a alguno de ellos.

Por otra parte, la Proposición No de Ley plantea que «las empresas que tributan en paraísos fiscales no concurren en igualdad de condiciones» y por ello se debe requerir cierta información a estas empresas licitadoras pero sin aclarar la finalidad a la que servirían tales datos (nombre, actividad, número de empleados, cifra de negocios etc...)

En un momento como el actual en el que la nueva normativa de contratación pública persigue como uno de sus objetivos la simplificación y la eliminación de cargas para el licitador, esta petición de información no parece una exigencia alineada con esos objetivos, y puede significar un incremento de burocracia desproporcionada a los propios fines.

V. Sobre la preferencia, en fase de adjudicación, en favor de empresas que cumplan correctamente con sus obligaciones fiscales.

Procede analizar la posibilidad de considerar, como elemento de valoración, es decir, como criterio de adjudicación, el favorecimiento de aquellas empresas que cumplan correctamente con sus obligaciones fiscales .

El significado y posibilidades de los criterios de adjudicación ha sido ya analizado por esta Junta en el Informe 16/2015, de 4 de noviembre, a cuyas argumentaciones y conclusiones nos remitimos *in totum*. Con la fijación de los criterios de adjudicación se pretende una comparación de ofertas que favorezca o posibilite la economía de escala, a fin de conseguir la oferta económicamente más ventajosa, respetando en todo caso el principio de igualdad de trato. Este principio de igualdad de trato es tan relevante que se

erige en la piedra angular sobre la que se hacen descansar las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos.

De la normativa europea (artículo 67 de la Directiva 2014/24) y de la Jurisprudencia del TJUE se concluye que son cuatro las condiciones que en todo caso deben cumplir los criterios de adjudicación de un contrato público:

- a) Deben estar vinculados al objeto del contrato.
- b) Deben publicarse previamente.
- c) Deben ser específicos y cuantificables objetivamente.
- d) Deben respetar el Derecho europeo, especialmente el principio de no discriminación, y como correlato, la libre prestación de servicios y de establecimiento.

En definitiva, los criterios de adjudicación serán manifiestamente ilegales si no están directamente vinculados al objeto del contrato.

A la luz de estos parámetros interpretativos, es evidente que el criterio de que la empresa adjudicataria repercuta los beneficios derivados del contrato (o tribute por ellos) en territorio aragonés es discriminatoria, pues evalúa las ofertas en función de características de las empresas licitadoras, en este caso su domicilio social o la repercusión de beneficios en un concreto territorio.

El criterio de favorecer lo local o regional, como ya se dijo en nuestro Informe 16/2012, de 19 de septiembre, es manifiestamente ilegal. Y así lo ha advertido el Tribunal Supremo en Sentencia de 24 de septiembre de 2008 (RJ 4570). Se trata, además, de un criterio donde no hay vinculación con el objeto contractual, dado que pretende valorar el elemento subjetivo empresarial, lo que resulta indebido en fase de adjudicación (STJUE de 24 de enero de 2008, *Lianakis*, y STJUE de 12 de noviembre de 2009, Comisión República Helénica).

Supone, además una limitación indebida al principio de concurrencia, que todo procedimiento de licitación debe generar para conseguir la oferta económicamente más ventajosa.

Además de lo anterior, y siguiendo con el criterio mantenido en nuestro informe 16/2015, de 4 de noviembre, debe señalarse que estas cláusulas no son cláusulas de carácter social.

VI. Posibilidad de considerar la responsabilidad fiscal en fase de ejecución de los contratos.

Idéntica conclusión se alcanza al analizar la posibilidad de incorporar la responsabilidad fiscal –entendida como obligación de tributar en España o en Aragón-, no ya como criterio de adjudicación, sino como condición especial de ejecución del contrato.

Como ya tuvo ocasión esta Junta de manifestar en su Informe 6/2009, de 15 de abril, existen dos límites infranqueables en la fijación de condiciones especiales de ejecución del contrato: de un parte el principio de igualdad y no discriminación —que no sean directa o indirectamente discriminatorias— y, de otra parte, el principio de publicidad —que el contenido de las citadas cláusulas se señale en el anuncio de licitación y en el pliego de condiciones—.

Tal y como ya se indicó en el informe 16/2015, de 4 de noviembre, no procede admitir ni como cláusula social, ni como condición de ejecución, que una empresa adjudicataria repercuta los beneficios derivados de éste (o tribute por ellos) en el territorio aragonés, por ser claramente discriminatoria.

La exigencia en los pliegos de que el adjudicatario haya de tributar en España o en una Comunidad Autónoma determinada supone un obstáculo a la libre concurrencia y a la libertad de empresa, así como una invasión en las competencias del Estado, que regula la tributación de las sociedades tanto residentes como no residentes en el país.

Además, es imprescindible recordar la reiterada doctrina tanto de Juntas de Contratación Administrativa autonómicas y estatales, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón y la propia jurisprudencia contencioso administrativa en materia de contratación pública en relación con la protección

de los licitadores por razones de índole territorial. Resulta unánime la prohibición de establecer en cualquier fase del contrato, criterios y requisitos relativos al arraigo territorial o vecindad de la empresa, por quebrantar el principio de igualdad de trato entre licitadores en favor de aquellos otros que presenten mayor vinculación territorial con la situación del órgano contratación, al margen de su solvencia, del objeto del contrato y de su ejecución.

III. CONCLUSIONES

I. La Comunidad Autónoma de Aragón carece de competencia para ampliar los supuestos de prohibición de contratar regulados en el artículo 60 TRLCSP por tratarse de un precepto que tiene carácter básico.

II. No puede apreciarse como falta de capacidad, solvencia económica, financiera o técnica de un operador económico el mero hecho de tener residencia, actividad o que tribute en los llamados paraísos fiscales, por ser una consecuencia contraria a los principios de igualdad de trato y no discriminación entre licitadores.

III. Los criterios de adjudicación deben estar directamente vinculados con la prestación objeto de contrato, de manera que no procede dar preferencia a las empresas que cumplan correctamente con sus obligaciones fiscales, siendo esta circunstancia de una exigencia legal.

IV. Una condición de ejecución que valore que el adjudicatario de un contrato repercuta los beneficios derivados del contrato (o tribute por ellos) en un determinado territorio, es discriminatoria y contraria a los principios generales de la contratación pública, y tampoco puede considerarse como cláusula de carácter social.

Informe 15/2016, de 20 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 20 de julio de 2016.